

Nº 212  
Volumen II  
Año LXX  
Julio-Diciembre 2002  
Fundada en 1933  
ISSN 0303-9986



# REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE  
CONCEPCION<sup>MR</sup>

Facultad de  
Ciencias Jurídicas  
y Sociales

## LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL APPROACH DEL PROF. R. DWORKIN\*

ISMAEL BUSTOS CONCHA  
Universidad Central de Chile

El derecho implica el aplicarlo (enforcement): todos vivimos bajo el imperio del derecho (Law's Empire<sup>1</sup>); pero, para que esto se realice, primero hay que conocer el derecho. Este conocimiento, a su vez, necesita interpretación, especialmente cuando tratamos con un texto cuyos términos y conceptos deben ser conocidos en este mismo orden.

Así que el derecho implica interpretación; pero, si asentimos a esto, debemos aceptar que una teoría de la interpretación es tanto previa como necesaria para la jurisprudencia y en la jurisprudencia (Jurisprudence).

Digámoslo claramente: si queremos una teoría jurídica de la interpretación, necesitamos antes una verdadera (proper) teoría de la interpretación. El razonamiento jurídico es un ejercicio de interpretación; luego, el nuestro también. Más aún, como el profesor Dworkin asevera que el suyo es un enfoque interpretativo, así también lo es el nuestro; o, mejor dicho, este ensayo es un análisis interpretativo acerca del enfoque interpretativo del derecho del profesor Dworkin.

### LA JURISPRUDENCIA REVISITADA

Juez o no, el intérprete debe construir su interpretación sujeto a derecho –podemos aceptar esto gustosos– pero mediante algún método, estrategia o algo así y quien selecciona éstos (métodos) es, precisamente, el intérprete, es decir,

\* Original en inglés. Todas las citas, también traducidas, son de Law's Empire, Fontana, 1990, Londres.

una persona con sus propias peculiaridades, habilidades, inhabilidades, virtudes y debilidades, etc.

Si el derecho es un concepto interpretativo, cada intérprete –digamos, el juez– fundamenta su juicio sobre “el punto”, en la práctica jurídica como un todo, lo cual involucra principios, hábitos, convenciones, etc.<sup>1</sup> Este todo apunta a una teoría especial del derecho y, como consecuencia, a la jurisprudencia (jurisprudence) misma. Luego, entre ésta y la judicatura (adjudication) no hay un largo camino. De hecho, cualquier sentencia es una especie de ensayo filosófico.

El punto más importante de la práctica jurídica es controlar el poder, y éste es el corazón de lo que llamamos el imperio de la ley (the rule of law). Así es que “tomar los derechos en serio” deviene en una “cuestión de principios” y en una cuestión de ética también, agregados a la conexión con la política como precisamente estamos diciendo.

## EL DERECHO Y LA POLITICA

Sea que la jurisprudencia se dé cuenta o no, el derecho está estrechamente ligado a la política: por ejemplo proveyendo de una justificación en principio, a la coerción oficial. Más aún, la política pasada (law) se convierte en la norma de los derechos (sentence) porque la jurisdicción (adjudication) debe, de algún modo, ser consistente con la legislación.

Contrariamente a los grandes clásicos y a su pretendido “estado de naturaleza”, el pueblo real vive dentro de una “sociedad política o cuerpo político” (body politic), lo cual también implica una “sociedad de principios” y un cuerpo de principios, como la corrección (fairness), la justicia o aun el debido proceso. Podríamos agregar otro más: la virtud de la integridad política, esto es, tratar los casos similares de un mismo modo.

En esta materia le pedimos al cuerpo político o estado actuar con un único y coherente set de principios. Así, el derecho deviene como resultado de la integridad con sus dos ramas especiales: la legislación y la jurisdicción (adjudicación). Esta última le pide al juez que vea el derecho como un todo y lo imponga de un modo coherente.

La integridad política supone una personificación especial del estado y de

<sup>1</sup> “Todos nosotros, pero especialmente los abogados, desarrollamos actitudes frente al derecho (law), junto con el resto de nuestros conocimientos de naturaleza social en general, sin darnos cuenta de ello, a lo largo de la vida y antes de que analicemos todo ello jurídicamente, si es que alguna vez lo hacemos”.

la comunidad toda y les atribuye su propia responsabilidad, la que recae sobre los funcionarios y los ciudadanos. Así, en lo que respecta a los derechos civiles, tanto la comunidad y el estado tienen un deber en cuanto a protegerlos; vergüenza y abuso (autrage) son los respectivos premios (awards) para nuestra culpa colectiva envuelta en el caso.

## UNA SOCIEDAD DE PRINCIPIOS

Defendida por el neighborhood o por la fraternidad, la integridad da origen a una forma especial de sociedad política y deviene en el vehículo para su cambio orgánico, siendo la razón el que tal sociedad acepta no solamente las reglas políticas establecidas (past political rule), sino cualesquiera estándares que fluyan de los principios, bajo los cuales ella vive, considerados como requeridos bajo nuevas circunstancias.

La integridad une moral y la política y conecta el derecho con la justificación de la coerción pública. Igualmente, su modelo de sociedad admite que los derechos políticos dependen de un esquema de principios. Más aún, los miembros de cada sociedad aceptan los derechos que surgen de este esquema, aun cuando estos no hayan sido formalmente expresados. Todo ello apunta a una cuestión crucial: el derecho debe ser tomado e interpretado de un modo totalmente fundado en principios. La integridad requiere que los jueces traten al derecho como un conjunto coherente de principios y extraigan los estándares implícitos en los explícitos. La integridad proveerá al juez de suficiente imaginación y coraje para actuar adecuadamente en cada ocasión.

## LA LABOR DE HERCULES

La práctica jurídica tiene el significado de un relato político que se despliega, y los derechos jurídicos han sido creados por un solo autor, que es la comunidad personificada. Las proposiciones jurídicas son verdaderas si concuerdan con los principios de justicia, de rectitud (fairness) y de debido proceso (procedimental) que proporcione la mejor interpretación de la práctica jurídica.

Toda interpretación tiene dos dimensiones. La primera es la dimensión de adecuación (dimention of fit), es decir, conformada a estándares; la segunda dimensión de la interpretación exige que el juez escoja la mejor de las lecturas elegibles con el propósito de ir mejorando más y más el trabajo en un proceso continuo. Los jueces deben considerar sus sentencias como parte de un relato

único que continúa en una interpretación en serie. Considerando las especiales habilidades, virtudes y perfecciones que un juez debería tener como para seguir la integridad palabra por palabra, Hércules podría ser el nombre correcto para llamarlo. Como ente imaginario, viene a ser también útil, especialmente cuando se analizan los llamados casos difíciles ("hard cases").

En los casos de derecho común (common law cases), así como en los casos referentes a leyes (statutes) o a la Constitución, los jueces perciben ciertas situaciones como "casos difíciles". Especialmente tratándose de asuntos constitucionales, los jueces tratan de encontrar la mejor interpretación constructiva atendiendo al sistema político y a la doctrina jurídica de la respectiva comunidad. Como jueces deben, entonces, tomar una opción: sus convicciones morales y políticas vienen comprometidas en forma directa, tal vez sin desearlo ni pensarlo, pero sí, ciertamente. Cuando están en cuestión importantes derechos constitucionales, el respeto a la opinión mayoritaria hace surgir un caso realmente difícil para los jueces. Deben entonces combinar su concepción del derecho y su moral política en orden a decidir el caso. Elegir una interpretación sobre otras interpretaciones implica finalmente una decisión política, que es también una cuestión de principios (a matter of principle).

La visión popular de que no hay respuestas jurídicas correctas únicas en los casos difíciles debe ser desechada. Aun cuando el derecho no siempre es consistente en principio y hay también algunas contradicciones, algún set de principios puede hallarse que permita una interpretación elegible. En cuanto a la legislación, Hércules busca un set de principios que pueda transformar la cadena de leyes en una visión de gobierno como hablando con una sola voz.

Algún esquema de responsabilidad moral que la comunidad considera que debería tener es la única manera de justificar la práctica jurídica interpretada. Pero la justificación es asunto de elaboración académica y/o práctica, ambos pertenecientes a la teoría moral, y esto es algo totalmente académico. Los derechos legales provenientes de la legislación incluyen no sólo a aquéllos explícitos sino también a los implícitos. Hércules sabe como leer leyes; así es que trata a la legislación como un primer autor en la cadena del derecho, de la cual el último eslabón es él mismo, el intérprete.

## LEYENDO LAS LEYES

Como cuestión de principios, las leyes deberían leerse según lo que dijeron los hombres en el Congreso; pero su lectura también dependerá de lo que Hércules interprete en orden a aplicarlas hic et nunc y por supuesto que nadie puede basar

su juicio sino en lo que uno mismo cree. Desde el punto de vista de la lógica, esto vale también al interpretar el derecho como la voluntad o el pensamiento de los hombres del Congreso. Una ley debe su existencia a la decisión de otras personas, distintas de los legisladores, de modo que el derecho constituye un trozo de la historia social, y el conjunto de las leyes debe ser leído de acuerdo con esto. La interpretación de leyes implica a la integridad como una combinación de (fairness) justicia y debido proceso (procedimental), consistencia con otras legislaciones y un debido equilibrio entre principios y políticas.

Una comunidad de principios ve a la legislación no como un texto desnudo que contiene un cierto número de acuerdos sino como fluyendo de la moral política de la comunidad, con la cual ésta se halla comprometida. El texto de la ley es un "acta" (act) de la ley y, como tal, no es parte de la ley misma; de modo que Hércules interpreta no exactamente el "texto" de la ley, sino su vida; cambiando su interpretación (la de Hércules) y la del texto mientras tanto la ley siga existiendo (living).

Ciertamente sería un anacronismo atenerse a opiniones anteriores a fin de ignorar los cambios ulteriores. En esta materia, es claro que los legisladores representen la opinión de la comunidad de hoy y de esta época, pero está claro también que las opiniones cambian a lo largo del tiempo, especialmente en nuestros tiempos. De manera que Hércules interpreta a la historia en movimiento, lo cual no requiere enmendar leyes obsoletas, sino reconocer en qué han venido a parar las leyes de antes.

Finalmente acerca de la claridad u oscuridad del derecho es fácil ver que ambas son más bien el "resultado" que la ocasión para su interpretación, dice Hércules. Aunque él pudo haber dicho eso sin el "más bien", por cuanto es evidente que sólo la interpretación previa del texto puede decir si éste es claro u oscuro. Obviamente, una segunda y subsiguiente interpretación se hace necesaria una vez que el texto se declare oscuro. La conclusión, en total, es que la distinción entre casos difíciles y fáciles es... ¡un seudoproblema!

## LA CONSTITUCION

Los jueces no pueden discrepar sobre cuáles son las palabras que conforman a la Constitución como materia de un texto preinterpretativo; discrepan sobre lo que es la Constitución como materia de derecho postinterpretativo. De un modo parecido no se los puede dividir entre aquellos que obedecen a la Constitución y aquellos que no; esta distinción ignora el carácter filosófico interpretativo del



derecho, según cada juez es "interpretativista" en la medida de que trata de imponer la mejor interpretación<sup>2</sup>.

La justicia, el "fairness" y la regla de la mayoría son virtudes políticas diferentes, y los jueces tienen su propio interés ideológico y personal en el resultado de los casos, pero no podemos pensar que sean menos competentes, en teoría política, que los hombres del Congreso, especialmente si consideramos la formación académica de los jueces.

La rectitud (fairness) en el texto constitucional requiere de una interpretación basada en principios que dependan de la cultura nacional, no en opiniones fugaces sino en rasgos permanentes del temperamento político de la gente. De modo que un fallo interpretativo compromete la moral política de una manera compleja, digamos, compromete a una variedad de virtudes políticas.

En suma, una rápida visión de la teoría de la Constitución conduce tanto al fin del historicismo como al del pasivismo, en cuanto interpretaciones generales de la política constitucional.

## UNA LEY MUY ESPECIAL

La Constitución, siendo una especie de ley, es también de una clase muy especial de ley, de modo que Hércules construirá una muy especial teoría de la judicatura (adjudication). Así, la interpretación debe adecuarse y hacer justicia al sistema político, lo cual es imposible sin alguna referencia a ideas de orden filosófico, sean expresas o tácitas. No hay aquí nada de qué maravillarse, considerando que los juristas son siempre filósofos<sup>3</sup>... A este respecto, la filosofía de los derechos constitucionales del individuo afirma su importancia manifestando que ellos son derechos contra el estado. Este asunto requiere distinguir las cuestiones de política, concernientes al interés general, y las cuestiones de principios, referentes a los derechos individuales, en cuanto "triumfos" sobre las políticas, "si se toman los derechos en serio" (talking right seriously)<sup>4</sup>.

La Constitución no se reduce a su parte, aspecto o momento sustantivo,

<sup>2</sup> "Los grandes debates sobre métodos constitucionales son debates adentro de la interpretación, no acerca de su relevancia".

<sup>3</sup> "Los abogados son siempre unos filósofos porque la jurisprudencia es parte de la preocupación de todo abogado sobre qué es el derecho, aun cuando esa jurisprudencia sea imprecisa y mecánica".

<sup>4</sup> "Igualmente, hay que hacer una distinción entre –digamos– el conocimiento especulativo y el práctico: él (Hércules) distinguirá entre la elaboración académica y práctica de cada teoría; preguntará no sólo cuán atractiva sea una teoría en abstracto... sino cuánto se presta para llevarla a la práctica... como estándar constitucional que los tribunales puedan usar efectivamente al decidir qué legislación hay que rechazar".

de modo que cualquier interpretación plausible debe referirse tanto al procedimiento (remedy) como a lo sustantivo. Por lo tanto, la decisión de Hércules tocante al "procedimiento" es también una decisión jurídica, sobre los derechos secundarios que el pueblo tiene en orden a imponer sus derechos sustantivos primarios. Así, el punto de la justicia (adjudication) constitucional consiste en garantizar los derechos en interés de aquellos que los poseen, y no en tratar de atender a los intereses de la gente que quiere subvertir esos derechos<sup>5</sup>.

A fin de leer la Constitución en su mejor luz, los argumentos de Hércules comprenden convicciones populares y tradiciones nacionales, y por último (pero no menos importante), sus propias convicciones acerca de la justicia y fairness en sus relaciones recíprocas. Él se da cuenta de que otras provisiones de la Constitución incluyen la protección de individuos y de minorías, o que hay casos en que el asunto en juego es primariamente de políticas más que de principios, es decir, cuando la discusión es sobre los intereses colectivos superiores.

En suma, entonces, Hércules escapa a la clasificación académica estándar de los jueces, pues no piensa que la Constitución sea sólo lo que el pensamiento abstracto o teórico enseña; en vez de eso, él cree que la Constitución consiste en la mejor interpretación posible del texto y la práctica como un todo, interpretación en todo sensible a la complejidad de las virtudes políticas relacionadas con esta cuestión. Cuando él llega a declarar inconstitucional una ley, lo hace bajo el más consciente de los juicios sobre qué es realmente la democracia y qué es lo que la Constitución –como guardián suyo– significa realmente.

Es probable que nosotros discrepemos del juicio de Hércules; a fin de cuentas, él prefirió arriesgar una derrota: de otro modo –piensa Hércules– aparecería como un traidor y no como un héroe del control jurisdiccional.

## DERECHO MAS ALLA DE LA LEY

"El derecho trabaja solo" (law works itself pure) un dictum muy conocido que, por cierto, tiene su lugar dentro del derecho como integridad, y acepta considerar el derecho en dos momentos, a través de los cuales va progresando en

<sup>5</sup> "En suma, la argumentación de Hércules implica un número de pasos como éstos: la cuestión de principios es la cuestión de qué es lo que la Constitución exige como cuestión de derecho (law); el quid (point) de la justicia (adjudication) constitucional no se limita a nombrar los derechos sino a garantizarlos (secure); el apunte a desarrollar una teoría general de la aplicación (enforcement) que no contradiga por sus procedimientos lo que el documento demanda sustancialmente; las estrategias de los tribunales tocantes a sus pronunciamientos deben buscar la puesta en vigor (enforcement) más efectiva e inmediata de los derechos constitucionales sustantivos".



su camino. El derecho se refiere a derechos sostenibles en los tribunales y, por lo tanto, está amarrado a la judicatura, siendo la ley soberana el principio jurisdiccional de la integridad<sup>6</sup>.

El cuerpo político es, o debe ser, una comunidad regulada por una única y coherente visión de la justicia, el fairness y el debido proceso en el proceso; este último deriva su importancia de que trata de los rectos procedimientos para hacer cumplir las normas. En este momento debemos considerar dos aspectos de la integridad, a saber: la integridad inclusiva (inclusive integrity), que requiere que el juez tome en cuenta todas las virtudes integrantes: rectitud (fairness), justicia y, en el procedimiento, el debido proceso (procedural due process); y la integridad pura (pure integrity), que invita al juez a considerar qué sería el derecho si los jueces fueran libres para procurar la coherencia con el solo principio de la justicia.

Como comunidad de principios el cuerpo político apunta a un especial rol para la justicia, siendo ésta la cuestión de qué es lo que la comunidad busca, en suma. Esta es la fuente de una especial forma de integridad, cuyo contenido es el siguiente: el juez debe aplicar el derecho que tenemos, pero el derecho presente contiene otro derecho, vale decir, un derecho más puro definido por la integridad pura. Consiste en el principio de la justicia, abstracción hecha de todas las coerciones que la integridad inclusiva requiere. Esta interpretación purificada expresa cómo las prácticas de la comunidad deben ser reformadas para servir mejor a una visión de la justicia social.

Yendo a tientas hacia el derecho puro, ¿será el derecho presente exitoso o no? O, en otras palabras, ¿funciona realmente el derecho puro, como tal, como los juristas optimistas piensan? Eso depende de la energía, la imaginación y la previsión, ya que cada actitud, si es lo suficientemente popular, contribuye a su propia vindicación.

## JURISPRUDENCIA Y JURISDICCION

Los tribunales son las capitales del imperio de la ley, y los jueces son sus príncipes, pero no sus videntes (seers) y profetas. Recae sobre los filósofos el trabajar la forma más pura del derecho, y el debate, entonces se muda al plano de la moral política. Pero el debate sigue perteneciendo al derecho, y sus relaciones

<sup>6</sup> "Aceptamos la integridad como ideal político específico (distinct) y aceptamos el principio jurídico (adjudicative) de la integridad como ley suprema, por cuanto queremos tratarnos a nosotros mismos como una sociedad de principios, como una comunidad gobernada por una sola y coherente visión de la justicia, la rectitud (fairness) y el debido proceso en su relación correcta".

con el debate jurídico es crucial, porque le da al debate filosófico un rol complementario en las políticas del derecho. Los filósofos siguen programas como para prender en la imaginación de los abogados y, por esta vía, hacer más consciente el progreso del derecho. Además, los debates filosóficos les recuerdan a los jueces aquello de un derecho más allá del derecho, de modo que cada decisión, en los casos difíciles, es un voto para una mejor interpretación mediante la integridad como principio soberano.

### ¿QUE ES EL DERECHO?

El derecho es un concepto interpretativo, y el juez es quien decide lo que es, interpretando la práctica de otros jueces que decidieron lo que el derecho es. El derecho como integridad une la jurisprudencia y la judicatura, pero la integridad no se impone por sí misma: un juicio es necesario, estructurado por las diferentes dimensiones de la interpretación fundidas en una opinión global. El objetivo final es una interpretación que lleve al mejor rendimiento jurídico de la comunidad, desde el punto de vista de la moral política<sup>7</sup>. La integridad, como virtud de la política corriente, es el resultado de considerar a la sociedad política como una comunidad de principios que, sin embargo, no concuerda en algunos importantes asuntos, como la religión o, aun, la moral política misma<sup>8</sup>. Afirmar que nunca hay manera correcta para decidir un caso difícil es ya un error filosófico, ya una posición política polémica (contentious) tocante a convicciones políticas dudosas. El derecho no se agota en ningún catálogo de normas o principios; y el imperio de la ley viene definido por las actitudes en los tribunales, por supuesto; pero esto debe siempre hallarse en la vida de cada uno, y aquí antes que todo. Es una conducta interpretativa dirigida a la política la que hace a cada ciudadano responsable sobre cuáles son los compromisos públicos de su comunidad y qué es lo que estos compromisos requieren hoy día.

Los jueces deben tener la última palabra, sí; pero eso no quiere decir por sí mismo, que ésa sea la mejor palabra. En cambio, poner los principios por sobre la práctica muestra la mejor ruta hacia un futuro mejor. En su espíritu interpretativo, el derecho es una expresión de cómo nos unimos en comunidad, incluso divididos por proyectos, intereses y convicciones<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> "Así es que los juicios en derecho son totalmente contestables".

<sup>8</sup> "...Debemos apuntar a esto, entre otras razones, porque ese concepto de comunidad ofrece una base atractiva para las demandas de legitimidad política del pueblo libre e independiente..."

<sup>9</sup> "De todos modos es el derecho (law) para nosotros: para el pueblo que queremos ser y la comunidad que tratamos de construir".

## BIBLIOGRAFIA

Referencias importantes acerca de los trabajos del Prof. Ronald Dworkin pueden encontrarse en las siguientes obras.

- J. W. Harris, *Legal Philosophies*. London, 1997.  
C. Douzinas R. Warrington & S. McVeigh, *Post modern Jurisprudence*. London & New York, 1993.  
H. Davies, D. Holdcroft, *Jurisprudence*. London, 1991.  
W. Morrison, *Jurisprudence*. London, 1997.  
A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, 1992. Hay traducción española.  
*Archives De Philosophie Du Droit, La philosophie du droit aujourd'hui*. Paris, 1988.  
G. Palombella, *Filosofia del diritto*. 1996. Hay traducción española.  
P. Ruiz-Tagle V., *Revisión crítica del derecho*. Santiago Chile. 1990.  
(Todas ellas se tuvieron a la vista).